

02.4

# La sécurisation du traitement fiscal du quasi-usufruit



**Florence DEBOISSY,**  
Professeur à l'Université de Bordeaux,  
Co-directrice scientifique de la revue Ingénierie Patrimoniale



**Sandrine QUILICI,**  
Directrice de l'ingénierie patrimoniale, banque Pictet  
Co-directrice scientifique de la revue Ingénierie Patrimoniale

D'un point de vue fiscal, le quasi-usufruit présente de nombreux avantages. Outre le fait qu'il permet de transmettre sur une assiette réduite à la valeur de la seule nue-propriété alors même que son titulaire conserve la maîtrise des biens, il est admis que le nu-propriétaire puisse porter au passif successoral sa créance de restitution et ainsi diminuer le montant des droits de succession. Toutefois, son utilisation pas toujours raisonnée, susceptible d'attirer les foudres de l'administration fiscale, et une jurisprudence aux fondements fragiles doit inciter à la prudence. La sécurisation du traitement fiscal du quasi-usufruit

implique tout d'abord que le quasi-usufruit ait été valablement constitué, à savoir que la réalité de la transmission ne puisse être remise en cause (V. § 5), mais également que l'existence même de la dette de restitution à l'extinction du quasi-usufruit ne soit pas contestée (V. § 30). Ensuite, dans la mesure où l'existence de la dette est constatée, se pose la question des modalités de sa déduction (V. § 38). Enfin, on ne peut mener de réflexion sur des schémas patrimoniaux sans évoquer le risque d'abus de droit, et ce d'autant que cette notion vient récemment de faire l'objet d'un élargissement (V. § 42).

## Introduction

1. Si le démembrement de propriété est souvent au cœur des stratégies patrimoniales, et notamment des stratégies d'anticipation successorale, le recours au quasi-usufruit n'est pas moins fréquent, que sa source soit légale, ce qui est le cas chaque fois que « *l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer* » ainsi que l'énonce l'article 587 du code civil, ou conventionnelle. Les raisons qui expliquent ce succès sont aussi nombreuses que variées. Parmi elles, certaines se détachent cependant, à commencer par le pouvoir conféré au quasi-usufruitier de consommer les biens démembreés, ce qui lui permet, tout particulièrement dans le cas d'une donation avec réserve de quasi-usufruit, non seulement de continuer à profiter des utilités de la chose, *usus* et *fructus*, mais également de conserver le pouvoir d'en disposer. Certes, la constitution d'un quasi-usufruit fait naître à la charge du quasi-usufruitier une dette de restitution qui prend effet, en application

de l'article 587 du code civil, « *à la fin de l'usufruit* ». Or, outre que cette dette de restitution est en principe déductible fiscalement de l'actif successoral, elle s'éteint par confusion chaque fois que les donataires ont la qualité d'héritiers du donateur.

2. Mais la force du quasi-usufruit, profiter comme un propriétaire des actifs démembreés tout en créant un passif successoral, en constitue aussi la faiblesse, qu'il s'agisse du risque, en cas de donation avec réserve de quasi-usufruit, que la donation ne soit pas considérée comme réelle faute de dépouillement du donateur ou encore du risque pour le nu-propriétaire que la créance ne puisse être recouvrée du fait de l'insolvabilité du quasi-usufruitier. Ces risques renvoient fondamentalement à la nature juridique du quasi-usufruit : le quasi-usufruitier est-il, le temps de l'usufruit, un véritable propriétaire qui pourrait faire de la chose ce que bon lui semble tandis que le nu-propriétaire serait un simple créancier chirographaire ? Or de la nature du quasi-usufruit découle son régime et, en l'occurrence, son régime fiscal.

3. Si la jurisprudence rendue en la matière est actuellement relativement libérale, voire permissive, il n'en reste pas moins qu'un certain nombre de précautions doivent être prises en pratique pour sécuriser le traitement fiscal du quasi-usufruit, étant observé qu'il ne s'agit pas ici de passer en revue toutes les situations à l'origine d'un quasi-usufruit mais seulement d'envisager celles que l'on rencontre le plus souvent dans les stratégies patrimoniales<sup>1</sup>. D'un point de vue fiscal, il apparaît que la sécurisation du traitement du quasi-usufruit tient à la sécurisation de la dette de restitution à la charge du quasi-usufruitier, soit qu'il s'agisse de s'assurer de son existence (I), soit qu'il s'agisse de s'assurer de sa déductibilité fiscale (II).

## I. Existence de la dette de restitution

4. En matière de quasi-usufruit, les incertitudes portant sur l'existence de la dette de restitution à la charge du quasi-usufruitier sont de deux ordres. La dette de restitution est-elle valablement née ? Existe-elle toujours au jour du décès ? Ce qui conduit à envisager successivement la naissance de la dette de restitution (A) et son extinction (B).

### A. Naissance de la dette de restitution

5. Il est trois stratégies patrimoniales, très fréquentes en pratique, pour lesquelles des interrogations peuvent naître quant à la naissance d'une dette de restitution opposable à l'administration fiscale : la donation-cession, la donation de somme d'argent avec réserve de quasi-usufruit et la transformation conventionnelle d'un usufruit en quasi-usufruit.

#### 1° Donation-cession

6. Les opérations de donation-cession visent le plus souvent, mais pas exclusivement, la transmission d'une entreprise sociétaire. Prenons un chef d'entreprise qui souhaite transmettre de son vivant son entreprise à ses héritiers, entreprise dont la valeur a augmenté depuis sa création ou son acquisition et qui, pour cette raison, est porteuse d'une forte plus-value latente. Imaginons également que les héritiers ne souhaitent pas en poursuivre l'exploitation et qu'un repreneur ait été identifié. Le chef d'entreprise pourrait vendre les titres de la société puis donner le prix de vente à ses enfants mais il s'exposerait alors, en sa qualité de cédant, à supporter l'impôt sur la plus-value. Pour éviter cet impôt, il suffit que le chef d'entreprise donne les titres aux enfants et que ceux-ci procèdent dans un second temps à leur cession : d'une part,

la donation des titres ne constitue pas un fait générateur d'imposition des plus-values (seules les mutations à titre onéreux sont taxables) ; d'autre part, lors de la cession des titres, le prix de revient du donataire pour le calcul de la plus-value est la valeur retenue pour l'assiette des droits de donation. Dès lors, si la vente des titres intervient à bref délai, aucune plus-value du chef des donataires n'est constatée.

7. De façon logique, le Conseil d'État a jugé que, hors l'hypothèse où la donation serait fictive, la donation avant cession ne saurait être remise en cause sur le fondement de la fraude à la loi<sup>2</sup> : le donateur est en effet libre de choisir de transmettre une certaine valeur sous la forme qui lui est fiscalement la plus avantageuse, soit, dans notre hypothèse, sous la forme d'une donation des titres plutôt qu'une donation du prix de cession de ceux-ci. Même si la fraude à la loi est ici écartée, il n'est pas question de faire semblant de donner les titres aux enfants tandis que les parents récupèrent par un jeu de virement bancaire le prix de cession<sup>3</sup>. Ainsi, chaque fois que le donateur se réapproprie le prix de cession, directement ou indirectement, il y a abus de droit par simulation, et plus précisément par donation fictive<sup>4</sup>. Une telle donation étant inopposable à l'administration fiscale, cette dernière est en droit de considérer que le prétendu donateur a conservé la propriété du bien pour imposer la plus-value à son nom, en lui infligeant une pénalité de 80 % en sa qualité d'initiateur ou de principal bénéficiaire de l'opération.

8. Ce schéma d'anticipation successorale connaît une variante fondée sur la technique du démembrement de propriété<sup>5</sup> et plus spécifiquement sur le quasi-usufruit. Ainsi, il est fréquent en pratique que la donation ait uniquement pour objet la nue-propriété des titres, les parties convenant d'un report de l'usufruit sur le prix de cession des titres<sup>6</sup> ; ce report de l'usufruit sur le prix de vente a pour effet de transformer l'usufruit du donateur sur les titres en quasi-usufruit sur le prix de vente<sup>7</sup>. D'un point de vue fiscal, la purge de la plus-value est certes limitée à la fraction donnée, à savoir la nue-propriété mais, en contrepartie, l'assiette des droits de donation se trouve limitée à due concurrence. En réalité, l'intérêt de l'opération tient avant tout à l'étendue des droits conférés au donateur qui peut, en sa qualité de quasi-usufruitier, disposer librement du prix de cession des titres, à charge simplement

1 V. dans le présent numéro, pour les enjeux de la stipulation d'un quasi-usufruit dans le cadre d'une clause bénéficiaire de contrat d'assurance vie, P. Delmas Saint Hilaire, Revisiter la clause bénéficiaire démembrée d'une assurance vie : IP 3-2019, n° 02.2, et pour la constitution d'un quasi-usufruit en cas de distribution de réserves, G. Wicker, Démembrement des titres sociaux et quasi-usufruit sur les réserves distribuées : IP 3-2019, n° 02.3.

2 CE, 30 déc. 2011, n° 330940, Motte-Sauvaige : Dr. fisc. 2012, n° 11, comm. 193, concl. N. Escaut, note R. Mortier ; RJF 2012, n° 278. – Adde P. Fernoux et M. Iwanenko, Donation cession : le civil tient le fiscal en l'état : Dr. fisc. 2012, n° 20, comm. 292. – CE, 9 avr. 2014, n° 353822, Pérès : Dr. fisc. 2014, n° 27, comm. 421, concl. C. Legras, note R. Vabres.

3 CE, 14 nov. 2014, n° 361482, Frey et n° 369908, Josselin : Dr. fisc. 2015, n° 11, comm. 210, note F. Deboissy ; RJF 2015, n° 140.

4 LPF, art. L. 64.

5 F. Luzu, Donation pré-cession de titres démembrés : RFP 2017, étude 24.

6 Le code civil dispose qu'« en cas de vente simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété d'un bien, le prix se répartit entre l'usufruit et la nue-propriété selon la valeur respective de chacun de ces droits, sauf accord des parties pour reporter l'usufruit sur le prix » (C. civ., art. 621). Ce report conventionnel de l'usufruit sur le prix de cession peut prendre la forme soit d'un remploi du prix dans l'acquisition d'autres biens eux-mêmes démembrés soit d'un quasi-usufruit sur le prix de cession.

7 C. civ., art. 587.

d'en restituer le montant à l'extinction de l'usufruit<sup>8</sup>. Qui plus est, lorsque les donataires ont également, ce qui est fréquent en pratique, la qualité d'héritiers du donateur, « *ils se contenteront, avant même d'exercer leurs droits dans la succession, d'y prélever les sommes nécessaires au remboursement de leur créance de quasi-usufruit* »<sup>9</sup>, laquelle s'éteint alors par confusion.

9. S'agissant d'apprécier le risque d'abus de droit, deux situations doivent être distinguées en fonction de la date de conclusion de la convention de quasi-usufruit.

Lorsque **la convention de quasi-usufruit est conclue après la cession**, le Conseil d'État a jugé dans un arrêt *Barrier* du 14 octobre 2015 que la donation était fictive : en l'espèce, la convention de quasi-usufruit avait été conclue postérieurement à la cession des titres, cela alors que le donateur avait déjà perçu une fraction du prix excédant ses droits d'usufruitier. En effet, la conclusion d'une convention de quasi-usufruit après la cession ne saurait conférer rétroactivement au donateur un titre juridique opposable à l'administration fiscale : ces éléments démontrent en effet que le donateur n'avait pas eu l'intention de mettre les donataires en possession de la nue-propriété mais seulement de créer abusivement une créance de restitution<sup>10</sup>.

10. Lorsque **la convention de quasi-usufruit est conclue antérieurement ou concomitamment à la cession**, deux approches sont envisageables.

Dans une approche strictement juridique, voire formelle, partagée par une large partie de la doctrine<sup>11</sup>, il n'est pas possible de considérer que le donateur s'est réapproprié le prix de cession en raison de la dette de restitution qui pèse sur lui en sa qualité de quasi-usufruitier ; même si son exigibilité est reportée au décès du donateur, cette créance de restitution est en effet certaine dans son principe. Dans une approche plus nuancée, et surtout moins formelle, d'autres auteurs ont invité à la prudence<sup>12</sup>. En effet, le quasi-usufruit portant sur le prix de cession des biens donnés vient succéder à un usufruit portant sur ces mêmes biens. Certes, dans son principe, la donation demeure mais cette succession modifie considérablement les droits de l'usufruitier comme ceux du nu-propiétaire. Initialement, l'un et l'autre étaient titulaires d'un droit réel démembré sur la chose donnée. À compter du quasi-usufruit, le quasi-usufruitier retrouve un droit de propriété sur le prix, lequel est assorti d'une obligation de restitution. Quant au nu-propiétaire, il se retrouve désormais dans la simple situation de créancier d'une somme d'argent. Il

est donc évident que le passage de l'usufruit au quasi-usufruit renforce la situation de l'usufruitier quand elle affaiblit celle du nu-propiétaire. Quant à l'objet de la donation, ce même passage se traduit par le passage de l'indisponibilité du bien donné à raison du droit réel dont était titulaire le nu-propiétaire à une indisponibilité simplement relative de la valeur donnée en raison de la créance de restitution dont est seulement investi désormais le nu-propiétaire. Par conséquent, si la donation reste irrévocable, le dépouillement du donateur a singulièrement perdu de son intensité. Aussi bien, l'analyse de l'administration fiscale, qui exigeait pour écarter la fictivité de la donation, la constitution de garanties afin d'assurer l'effectivité de l'exécution de l'obligation de restitution au décès de l'usufruitier pouvait-elle paraître raisonnable<sup>13</sup>. Au contraire, le Conseil d'État a jugé dans un arrêt *Fillet* du 10 février 2017 que la stipulation d'une convention de quasi-usufruit sur une partie du prix de cession de titres démembrés n'emporte pas fictivité de la donation, quand bien même la créance de restitution du nu-propiétaire n'est assortie d'aucune sûreté<sup>14</sup>.

11. Pour favorable, et même très favorable, qu'elle soit au contribuable, cette jurisprudence ne vaut blanc-seing ni sur le plan fiscal, ni sur le plan juridique. Il est en effet intéressant de revenir sur les conclusions du rapporteur public, Madame Marie-Astrid Nicolazo de Barmon, même s'il est difficile d'apprécier le poids qu'elles ont pu avoir dans la décision du Conseil d'État. Afin de démontrer que l'absence de constitution de sûretés propres à garantir les droits des nus-propiétaires ne laisse pas pour autant ces derniers sans recours face au quasi-usufruitier, le rapporteur public cite la jurisprudence *Baylet* de la Cour de cassation selon laquelle, en contrepartie des pouvoirs étendus qui sont conférés à un usufruitier de portefeuille de valeurs mobilières, qualifié d'universalité de fait, ce dernier a, outre l'obligation de conserver la substance de la chose, une obligation d'informer à tout moment le nu-propiétaire de la consistance et de la valeur du portefeuille<sup>15</sup> (V. § 22 et s.). Ainsi que le constate le rapporteur public, une telle obligation d'information a la vertu de permettre au nu-propiétaire d'exercer à l'encontre d'un usufruitier peu responsable une action en abus de jouissance sur le fondement de l'article 618 du code

8 *Idem*.

9 R. Mortier, La donation avant cession *in extenso*, préc.

10 CE, 14 oct. 2015, n° 374440, *Barrier* : Dr. fisc. 2015, n° 51-52, comm. 742, concl. E. Cortot-Boucher, note F. Deboissy et G. Wicker ; RJF 2016, n° 62.

11 V. notamment, P. Fernoux et M. Iwanenko, Donation-cession : le civil tient le fiscal en l'état, préc., n° 14 et s. – R. Mortier, La donation avant cession *in extenso*, préc., n° 67 et s.

12 V. not. J.-F. Desbuquois, Le quasi-usufruit et la transmission d'entreprise : APSP juill.-août-sept. 2015, n° 22, spéc. n° 33. – P. Julien Saint-Amand, Donation de titres préalablement à leur cession et abus de droit, *in* Abus de droit fiscal, l'abus est-il toujours du côté du contribuable ? : Dr. et patrimoine 2011, p. 62. – V. égal., F. Deboissy et G. Wicker, note ss CE, 14 oct. 2015, n° 374440, *Barrier*, préc.

13 Refusant de se ranger à l'avis du Comité qui avait considéré que « le mécanisme ainsi substitué au emploi n'induit pas une réappropriation par la donatrice des sommes données, même lorsque, comme en l'espèce, l'usufruitière est expressément dispensée de fournir une caution » (CCRAD, aff. n° 2008-06 : Instr. 18 déc. 2008 : BOI 13 L-11-08), l'administration avait estimé au contraire que « la détention des fonds retirés de la cession des titres visés par la donation-partage, dans le cadre d'un quasi-usufruit institué à son profit, permet au donateur d'en conserver, de manière viagère, la libre disposition, sans par ailleurs qu'aucune garantie n'ait été requise en couverture de la dette de restitution ainsi mise à sa charge » ; elle en avait déduit que, « contredisant formellement l'intention libérale affichée, cette circonstance démontre que le donateur n'a jamais entendu se départir des titres en cause, préalablement à leur vente, ou du produit de leur cession ».

14 CE, 10 févr. 2017, n° 387960, *Fillet* : Dr. fisc. 2017, n° 14, comm. 239, concl. M.-A. Nicolazo, note R. Mortier ; RJF 2017, n° 468. – *Adde* S. Quilici, Donation avant cession : la stipulation d'un quasi-usufruit sur le prix de cession n'emporte pas fictivité de la donation : Dr. fisc. 2017, n° 12, act. 178.

15 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1998, n° 96-18.041 : D. 1999, n° 40, p. 663, note D. Fiorina ; RTD civ. 1999, p. 422, obs. F. Zenati ; RTD com. 1999, p. 459, obs. M. Storck ; JCPN 1999, n° 7, p. 351, note H. Hovasse. – Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 3 déc. 2002, n° 00-22.609 : JCPÉ 2003, n° 43, 1151, note S. Piedelièvre.

civil, dans le cadre de laquelle le juge pourrait exiger que le quasi-usufruitier, malgré la dispense, fournisse une garantie ; le juge pourrait également le contraindre à employer les deniers dans l'acquisition de biens ou encore, dans les situations les plus graves, le déchoir de son droit.

**12.** Toutefois, il ne faut pas confondre quasi-usufruit et usufruit portant sur une universalité de fait, ainsi que la Cour de cassation a eu l'occasion de l'exprimer dans le cadre de sa jurisprudence *Baylet*. Si l'usufruitier d'un portefeuille-titres a le pouvoir de procéder seul à des arbitrages, c'est-à-dire de vendre des titres pour en acquérir des nouveaux sans avoir à obtenir l'accord du nu-propiétaire, il ne peut en aucun cas les aliéner pour faire l'usage qu'il lui plaira du prix<sup>16</sup>. Ainsi que le soulignent des auteurs, l'obligation de conservation de la substance mise à la charge de l'usufruitier s'opère sous le contrôle du nu-propiétaire, qui dispose d'un droit de regard sur l'utilisation que l'usufruitier fait du bien grevé<sup>17</sup>. Le nu-propiétaire de valeurs mobilières est donc en mesure d'agir contre l'usufruitier en abus de jouissance. À l'inverse, le quasi-usufruitier est investi du droit de disposer de la chose sans avoir à requérir l'autorisation du nu-propiétaire<sup>18</sup>. Si la loi impose au quasi-usufruitier une obligation de restitution, cette dernière peut porter soit sur des biens de même nature, soit sur un équivalent en valeur. Ainsi, « l'action du propriétaire grevé apparaît moins efficace, parce que moins ciblée, dans la mesure où elle vise à garantir le maintien de la consistance du patrimoine du quasi-usufruitier pour permettre, a minima, le règlement en valeur de sa créance »<sup>19</sup>. Il n'est donc pas certain que le quasi-usufruitier soit tenu à l'égard des nus-propiétaires des mêmes obligations que celles mises à la charge d'un usufruitier dont le droit porte sur une universalité de fait. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la doctrine est divisée sur le point de savoir si les dispositions de l'article 618 du code civil s'appliquent au quasi-usufruit<sup>20</sup>.

16 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1998, n° 96-18.041, préc.

17 T. Cathou et R. Gentilhomme, *Usufruit et quasi-usufruit de valeurs mobilières : vrais ou faux jumeaux ?* : Revue de droit bancaire et financier 2001, n° 1, p. 38, § 9.

18 P. Sirinelli, *Le quasi-usufruit* : LPA 1993, n° 89, p. 10, n° 48.

19 T. Cathou et R. Gentilhomme, préc., p. 39, § 11

20 L'article 618 du code civil vise les abus de jouissance caractérisés par des dégradations sur le bien objet du démembrement ou son dépérissement faute d'entretien. Dès lors, pour certains auteurs, en présence d'un quasi-usufruit, le quasi-usufruitier devenu propriétaire de la chose, peut en faire ce qui lui plaît. Il n'y a plus de sous-jacent mais uniquement une créance dont la protection impliquerait un gage qui porterait sur la totalité du patrimoine de l'usufruitier. L'article 618 du code civil ne peut donc trouver à s'appliquer (A. Rieg, V<sup>e</sup>. *Usufruit*, Rép. Dalloz Civil, 1990, n° 462. - F. Terré et P. Simler, *Droit civil. Les biens* : Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2010, n° 792-c. - S. Castagné, *Maîtriser l'utilisation du quasi-usufruit* : JCPN 1997, 4099, p. 488. - A. Boitelle, *Réflexions sur la situation au décès du donateur quasi-usufruitier* : JCPN 1997, n° 52, p. 1567, § 33. - J. Prieur, J.-P. Ferret, F. Roussel, *Démembrement, utilisation du quasi-usufruit – montages* : Dr. et patrimoine 1999, n° 76, p. 83. - P. Sirinelli, *Le quasi-usufruit (suite et fin)* : LPA 1993, n° 89, p. 11. - R. Gentilhomme et M. Iwanesco, *L'extinction anticipée du quasi-usufruit* : JCPN 2009, n° 20, 1165, § 10). Pour d'autres, dans la mesure où le quasi-usufruit est encore un usufruit, les mesures de protection des droits du nu-propiétaire de l'article 618 du code civil s'appliquent (F. Sauvage, *Les nouvelles frontières du quasi-usufruit*, préc. § 30. - C. Blanchard et C. Brenner, *Nature et périmètre du quasi-usufruit* : APSP 2015, n° 3, étude 17, n° 6, p. 8. - C. Orlhac, *La protection du nu-propiétaire dans un régime de quasi-usufruit* : APSP, juill. 2015, dossier 19, n° 35, p. 29. - P. Veaux-Fournerie, D. Veaux et L. Tranchant : JCl. Civil Code, art. 617 à 624, fasc. unique, n° 53).

Certes, en l'espèce, ainsi que le relève le rapporteur public, l'acte organisait la protection des droits du nu-propiétaire. En effet, l'acte instituait à la charge du quasi-usufruitier une obligation d'information périodique des donataires sur les titres acquis en remploi, imposait le placement des fonds et titres faisant l'objet du quasi-usufruit sur un compte titres spécifique, et l'inscription des intérêts des titres soumis au quasi-usufruit ou acquis en remploi sur un autre compte dédié, permettant aux donataires de vérifier l'usage de leur bien. Il en conclut que l'acte de donation lui semble respecter les droits reconnus aux donataires nus-propiétaires. Toutefois, cette protection, qui est purement conventionnelle, ne se rencontre pas systématiquement en pratique et rien ne nous permet d'affirmer que le Conseil d'État aurait rendu la même décision en l'absence de telles clauses.

**13.** Dès lors, **un certain nombre de précautions doivent être prises par les praticiens qui conseillent ou mettent en œuvre ce type d'opération** afin que soient préservés les intérêts du nu-propiétaire dont les droits sont très profondément modifiés par la conclusion de la convention de quasi-usufruit. Aussi convient-il, d'un point de vue juridique et patrimonial, au minimum d'attirer l'attention du nu-propiétaire sur les risques que peut receler une telle convention, à commencer par le risque de dilapidation des fonds qui ne laisserait pas admettre l'exécution de son obligation de restitution par l'usufruitier. Ainsi, même si la constitution de garanties n'est pas d'un point de vue civil obligatoire<sup>21</sup>, et même si le Conseil d'État a écarté en pareil cas la qualification de donation fictive, il n'en reste pas moins que la constitution de garanties peut constituer un élément indispensable à l'équilibre global de l'opération, ce que le praticien ne doit pas manquer de relever au titre de son obligation de conseil<sup>22</sup>. Par ailleurs, à l'instar de ce qui a été fait par les parties dans l'affaire *Fillet*, la convention de quasi-usufruit devrait, *a minima*, prévoir à la charge de l'usufruitier une obligation d'information des nus-propiétaires, de manière à ce qu'ils soient en mesure de suivre l'évolution de la composition et de la valeur des biens objets du quasi-usufruit et « *prendre, le cas échéant, toutes les mesures conservatoires propres à assurer la protection de leur droit* »<sup>23</sup>.

21 C. civ., art. 601.

22 La doctrine des auteurs est unanime sur le principe que le risque d'insolvabilité du quasi-usufruitier doit être couvert par la mise en place de sûretés : P. Veaux-Fournerie, JCl. Civil Code, art. 582 à 599, fasc. 10, n° 43. - S. Castagné, *Usufruit, quasi-usufruit : une nouvelle mise au point* : JCPN 2000, n° 13, p. 580, n° 77. - M. Grimaldi, *La donation de valeurs mobilières avec réserves de quasi-usufruit* : Defrénois 1994, art. 35677, p. 17. - C. Blanchard et C. Brenner, *Nature et périmètre du quasi-usufruit*, préc., n° 6. - C. Orlhac, *La protection du nu-propiétaire dans un régime de quasi-usufruit*, préc., n° 12, p. 26. - M. Iwanesco, *La nécessaire protection de l'héritier nu-propiétaire face au conjoint survivant quasi-usufruitier* : JCPN 1995, n° 5, Prat. 3226, p. 176. - B. Savouré, *Aspects de droit civil – L'usufruit et le quasi-usufruit : questions de droit civil* : Dr. et patrimoine 1999, n° 76, p. 58.

23 S. Quilici, préc.

## 2° Donation de somme d'argent avec réserve d'usufruit

14. La donation d'une somme d'argent avec réserve d'usufruit présente de très nombreux intérêts qui n'ont pas échappé à la pratique. En premier lieu, une telle opération, combinée à la règle du non-rappel fiscal des donations de plus de quinze ans<sup>24</sup>, permet aux donateurs d'organiser leur succession par étapes successives tout en gardant l'absolue maîtrise de leurs biens. En deuxième lieu, bien qu'elle soit réalisée en démembrement de propriété, cette transmission n'est pas soumise à la présomption de l'article 751 du CGI<sup>25</sup>. En troisième lieu, la donation de somme d'argent avec réserve de quasi-usufruit permet au nu-propiétaire de déduire de l'actif successoral le montant des sommes objet de la donation, sous réserve de combattre la présomption de fictivité des dettes consenties au profit des héritiers prévue par l'article 773, 2° du CGI<sup>26</sup>.

15. Qu'il s'agisse de combattre la présomption de propriété de l'usufruitier, de faire jouer le non-rappel fiscal ou encore de porter la dette de restitution au passif de la succession du donateur, **il est impératif, pour être opposable à l'administration fiscale, que la donation soit sincère et véritable**<sup>27</sup>, autrement dit qu'elle porte dépouillement irrévocable du donateur. **Or, en présence d'une donation de somme d'argent sur laquelle les donateurs se sont réservés l'usufruit, l'on ne peut que s'interroger sur la validité de l'opération au regard du principe de l'irrévocabilité des donations.** L'article 894 du code civil, qui dispose que « la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte », fait de l'irrévocabilité des donations<sup>28</sup> une condition de validité de fond de la donation conformément à la règle « Donner et retenir ne vaut »<sup>29</sup>. Cette règle de l'irrévocabilité spéciale des donations est précisée par les articles 943 à 947 du code civil, qui prohibent certaines clauses. Ainsi, sont prohibées les donations de biens à venir<sup>30</sup>, la stipulation d'une condition potestative<sup>31</sup>, la clause réservant au donateur le droit de disposer des biens donnés<sup>32</sup> et la stipulation d'engagement de payer les dettes ou les charges futures du donateur<sup>33</sup>.

16. Deux questions se posent dans l'hypothèse d'une donation de somme d'argent avec réserve de quasi-usufruit. La donation envisagée n'est-elle pas susceptible, d'une part, de

constituer une donation de bien à venir et, d'autre part, de contrevenir aux dispositions interdisant la donation avec réserve du droit de disposer ?

17. S'agissant de la nullité des donations de biens à venir, il résulte de l'article 943 du code civil que la donation entre vifs ne peut avoir pour objet que des biens présents, appartenant au donateur au moment où il dispose. Les biens présents s'entendent de ceux qui existent lors de la donation, que le donateur possède déjà ou sur lesquels il a déjà un droit irrévocable, même s'il n'est que conditionnel ou partiel<sup>34</sup>. En conséquence, dans l'hypothèse d'une donation de somme d'argent avec réserve de quasi-usufruit, il est impératif de s'assurer que la somme d'argent existe dans le patrimoine du donateur au jour de l'acte, lequel pourrait ainsi mentionner le numéro de compte sur lequel la somme se trouve et sa domiciliation<sup>35</sup>.

18. S'agissant des donations avec réserve du droit de disposer, l'article 946 du code civil prive d'effet et annule la stipulation en vertu de laquelle le donateur se réserve la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe sur les biens donnés. Or, dans notre cas, la donation comporte une réserve d'usufruit au profit du donateur. Toutefois, la donation avec réserve du droit de disposer diffère de la donation avec réserve d'usufruit, car le droit transmis (la nue-propriété) ne fait l'objet d'aucune révocabilité contractuelle<sup>36</sup>. C'est pourquoi la réserve d'usufruit dans le cadre d'une donation est expressément validée par l'article 949 du code civil<sup>37</sup>. Cependant, on peut s'interroger sur la validité d'une réserve d'usufruit portant sur des biens consommables, telle qu'une somme d'argent, puisque l'usufruit, conformément à l'article 587 du code civil, se transforme en un quasi-usufruit permettant au donateur de se réserver de disposer de la chose objet de la libéralité. Néanmoins, si le quasi-usufruitier peut disposer du bien donné, il reste débiteur de sa valeur envers le donataire qui conserve ainsi le bénéfice économique de la donation. La donation assortie d'une réserve de quasi-usufruit place donc le donataire dans la situation d'un créancier à terme. Elle lui confère une créance certaine dans son principe mais dont l'exigibilité est reportée au décès du donateur ; une créance de restitution qu'il appartiendra aux héritiers du donateur d'exécuter<sup>38</sup>. Ainsi, la restitution à laquelle le quasi-usufruit oblige son titulaire exclut qu'un donateur puisse y trouver le moyen de reprendre indirectement ce qu'il a donné<sup>39</sup>. Or, la donation de deniers à exécuter au décès ou à prendre dans la succession du donateur, dès lors que le donataire est investi d'un droit certain dont l'exercice seul

24 CGI, art. 784.

25 V. § 35.

26 V. § 39.

27 BOI-ENR-DMTG-10-50-50, 13 févr. 2017, § 170.

28 Cette irrévocabilité spéciale s'ajoute à l'irrévocabilité de droit commun qui résulte de l'application du principe général de la force obligatoire du contrat tel qu'énoncé par l'article 1193 du code civil.

29 I. Najjar : *Encycl. Dalloz*, V° Donation, n° 447.

30 C. civ., art. 943.

31 C. civ., art. 944.

32 C. civ., art. 946.

33 C. civ., art. 945.

34 I. Najjar, préc., n° 465 et s.

35 C. Blanchard et M. Iwanosko, Quasi-usufruit, transmission et réversibilité : APSP, juill. 2015, dossier 21, n° 5.

36 CA Lyon, 20 mars 1969 : JCP 1970, II, 16492, note A. Rabut ; RTD civ., 1970, 389, obs. R. Savatier cité in *Encycl. Dalloz*, V° Donation, n° 500.

37 *Ibid.* - M. Grimaldi, J.-F. Pillebout : JCl. Civil Code, art. 943 à 948, n° 50.

38 M. Grimaldi, J.-J. Roux, La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit : *Defrénois* 1994, art. 35677, n° 16.

39 *Ibid.*

est reporté au décès du donateur, a été considérée comme valable par la jurisprudence<sup>40</sup>.

**19.** Par ailleurs, la loi elle-même reconnaît implicitement la validité de la donation de deniers avec réserve d'usufruit. En effet, l'article 1078 du code civil prévoit que, dans le cadre d'une donation-partage, l'évaluation des biens s'effectue au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve, à condition « qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent »<sup>41</sup>. Cette réserve se justifie par le fait que l'héritier nu-propiétaire de deniers est placé dans la situation d'un créancier à terme d'une somme d'argent dont le montant serait définitivement figé. Dès lors, non seulement il ne pourrait profiter d'une quelconque plus-value mais également, il subirait l'érosion monétaire. C'est pourquoi, ainsi que cela a été relevé, « la loi estime-t-elle devoir le protéger en l'associant, pour le calcul de sa réserve, aux plus-values advenues après le partage aux biens dont ses cohéritiers ont été allotis. D'où l'exclusion de l'évaluation dérogatoire au jour de l'acte »<sup>42</sup>. Il est intéressant de noter que ce dispositif dérogatoire d'évaluation se justifie par une volonté de protéger l'héritier.

**20.** Si, d'un point de vue purement juridique, on peut donc considérer que la réserve de quasi-usufruit ne contrevient pas à l'interdiction de stipuler une réserve de disposer de la chose donnée au profit du donateur, rien n'empêchera ce dernier de revenir sur sa donation ; il lui suffira de se rendre insolvable et la donation sera ainsi économiquement révoquée<sup>43</sup>. On ne peut donc exclure que l'article 946 du code civil puisse s'appliquer s'il s'avérait que le donateur se soit, dans les faits, réservé au travers du quasi-usufruit, le moyen de priver le donataire du bénéfice de la donation. Certes, la loi organise la protection des droits du nu-propiétaire en prévoyant à la charge de l'usufruitier une obligation de dresser un inventaire, une obligation de fournir caution et en l'absence de présentation d'une caution, une obligation d'emploi<sup>44</sup>. Mais, **en pratique, et ainsi que le permet la loi et l'admet la doctrine, les actes dispensent de manière systématique le donateur de fournir caution, de faire emploi ou de dresser inventaire.** Il résulte de ce qui précède que, face

à la précarité de la situation du nu-propiétaire qui fragilise la sincérité de la donation, on ne peut que reprendre les propos du professeur Grimaldi et de Me Pillebout soulignant « l'utilité de clauses qui définissent en termes clairs et précis l'obligation de restitution du donateur ou qui en garantissent l'exécution par la concession de sûretés »<sup>45</sup>.

**21.** Outre le risque d'insolvabilité du quasi-usufruitier, il paraît également important, voire impératif, de **protéger le nu-propiétaire du risque entraîné par l'érosion monétaire** ; risque qui n'a pas échappé au législateur ainsi qu'en témoigne la rédaction de l'article 1078 du code civil relatif aux donations partages<sup>46</sup>. Or, même si l'article 587 du code civil dispose que l'usufruitier « a la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution », en présence d'un quasi-usufruit sur une somme d'argent, la règle du nominalisme monétaire s'oppose à toute réévaluation de la somme due par le quasi-usufruitier. Toutefois, il est possible de stipuler une clause d'indexation<sup>47</sup>. Pour être valable, cette clause doit respecter l'article L. 112-2 du code monétaire et financier<sup>48</sup>. Ainsi, sont interdites toutes clauses prévoyant une indexation sur le SMIC, sur le niveau général des prix ou des salaires<sup>49</sup>. En revanche sont autorisés les indices ayant une relation directe avec l'objet ou l'activité de l'une des parties. Le recours à un indice en relation directe avec l'activité de l'une des parties n'aurait aucun sens en matière patrimoniale. Mais se pose la question du choix d'un indice en relation directe avec la convention de quasi-usufruit qui, dans le cas qui nous occupe, est une somme d'argent. Selon la Cour de cassation, l'objet de la convention doit s'entendre de la « notion de cause entendue un peu largement en y englobant le mobile déterminant »<sup>50</sup>. C'est ainsi qu'en matière de prêt, l'indice sera choisi en fonction de l'objet du réinvestissement<sup>51</sup>. Appliqué à la créance de restitution du nu-propiétaire, il est tout à fait envisageable de stipuler un indice en lien avec l'opération de réinvestissement des sommes opérée par le quasi-usufruitier. Le fait qu'au fil du temps, le quasi-usufruitier cède le premier bien objet du remploi pour acquérir d'autres biens ne pose pas de difficulté particulière puisque la validité de la clause s'appréciant au moment de la formation du contrat, le changement ultérieur d'activité n'entraîne aucune remise en cause de l'indice<sup>52</sup>. Mais, conformément à l'alinéa 3 de l'article 1343 du code civil, il est également possible d'avoir recours au mécanisme de la dette

40 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1993 : Defrénois 1993, art. 35638. - Civ. 30 nov. 1937 : S. 1938, I, 1241. - M. Grimaldi, Les donations à terme : Mélanges Catala, Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : Litec, 2001, p. 426, n° 7.

41 Cette règle est une exception au principe posé par l'article 922 du code civil qui prescrit que les biens donnés doivent être fictivement réunis aux biens existants puis imputés pour leur valeur au jour du décès.

42 M. Grimaldi : JCl. Civil Code, art. 1075 à 1080, n° 24.

43 A. Boitelle, Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consomptibles avec réserve de quasi-usufruit : JCPN 1996, n° 50, p. 1761, n° 19. Ce risque d'insolvabilité du quasi-usufruitier est également souligné par la doctrine des auteurs (V. note 22), dont le professeur Sirinelli qui l'exprime en ces termes : « À l'inverse de l'usufruitier ordinaire, le quasi-usufruitier parce qu'il dispose de l'abusus a un réel sentiment de propriété. Sentiment d'autant plus profond que l'obligation de restitution n'est pas habituellement exécutée de son vivant. C'est dire que le quasi-usufruitier ne sera que peu conscient de la différence juridique fondamentale qui permet de le distinguer d'un plein et véritable propriétaire : l'obligation de restitution. Ordinairement exigible post mortem et exécutée par autrui, celle-ci n'habite que peu l'esprit du quasi-usufruitier. En toute bonne foi, un quasi-usufruitier peut oublier qu'il doit épargner ou ne pas être dépensier pour qu'un jour puissent être exécutées ses obligations » (P. Sirinelli, Le quasi-usufruit, préc., p. 15, n° 73).

44 C. civ., art. 600 à 604.

45 M. Grimaldi, J.-F. Pillebout : JCl. Civil Code, art. 943 à 948, n° 52. - V. également F. Eliard, Quasi-usufruit son utilisation à des fins patrimoniales : Litec, 1997, p. 94 et s. - M. Vion et T. Pleux : Defrénois 1994, art. 35713, p. 168. - V. également note 22.

46 V. § 19.

47 C. civ., art. 1343.

48 Sur cette question de l'indexation de la créance, v. F. Grua et N. Cayrol : JCl Civil Code, art. 1343 à 1343-5, fasc. 20.

49 Seuls les indices généraux sont prohibés. Ainsi, a été reconnu valable l'indexation d'un salaire sur le salaire minimum d'un rédacteur de presse (CA Paris, 24 nov. 1981 : JCPG 1982, II, 19770). Par ailleurs, il existe diverses exceptions à cette interdiction mais elles ne nous concernent pas (V. CME, art. L-112-3 et L-112-3-1).

50 Rapp. C. cass. cité in V. F. et M. Chabas : JCPG 1976, I, 2793, n° 107.

51 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 oct. 1981, n° 79-16.266 : Bull. civ. I, n° 311

52 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1984, n° 83-12.301 : Bull. civ. I, n° 187 ; Gaz. Pal. 1984, pan., p. 315.

de valeur. Appliqué au quasi-usufruit, il pourrait être stipulé dans la convention que la valeur de la créance de restitution correspond soit à la valeur du bien acquis par le quasi-usufruitier à l'aide des sommes objet de la donation, soit à celle du bien subrogé, réévaluée au décès de l'usufruitier. Encouragée par la doctrine<sup>53</sup>, cette revalorisation de la créance nous semble impérative<sup>54</sup>. En effet, le principe du nominalisme monétaire a pour effet de créer un appauvrissement du nu-proprétaire qui risque de récupérer une valeur économiquement inférieure au montant de sa créance d'origine. Or, en principe, par le biais de libéralités entre vifs, le donateur cherche à anticiper sa succession. Et l'un des principaux effets de la donation est qu'elle permet d'anticiper, à l'inverse de la transmission par décès, l'accroissement de valeur du patrimoine transmis. En l'absence d'indexation de la créance, l'opération de transmission risque de manquer d'intérêt pour le nu-proprétaire.

### 3° Transformation conventionnelle d'un usufruit en quasi-usufruit

22. Le principal exemple de transformation conventionnelle d'un usufruit en quasi-usufruit concerne le portefeuille titres. La gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières supposant souplesse et réactivité, il est nécessaire que la personne qui gère les actifs puisse être en mesure de réaliser des arbitrages qui vont permettre, soit de profiter des opportunités de marché, soit de limiter, tant que faire se peut, une perte de valeur. Avant la jurisprudence *Baylet*, il était communément admis que l'usufruitier, en ce qu'il ne dispose pas de l'*abusus*, ne pouvait céder seul les valeurs mobilières démembrées<sup>55</sup>. Le consentement du nu-proprétaire était impératif pour toute opération de négoce sur les titres. Eu égard aux nombreuses opérations qu'il est nécessaire de réaliser, une gestion pertinente du portefeuille était particulièrement délicate, sauf à ce que l'usufruitier et le (ou les) nu-proprétaire(s) aménagent les pouvoirs du premier par le biais d'une convention. C'est ainsi que la pratique a développé le recours au quasi-usufruit conventionnel mis en place soit à l'occasion d'une donation du portefeuille titres avec réserve de quasi-usufruit, soit postérieurement au démembrement de propriété, le plus souvent suite à une succession, en substituant conventionnellement un quasi-usufruit à l'usufruit<sup>56</sup>. Aux termes

d'une telle convention, l'usufruitier devient quasi-usufruitier du portefeuille titres, ce qui lui permet de disposer librement des titres, en étant tenu d'une obligation de restitution par équivalent au terme du démembrement.

23. En qualifiant le portefeuille de valeurs mobilières d'universalité de biens, la Cour de cassation, par un arrêt du 12 novembre 1998<sup>57</sup>, a grandement facilité les modalités de gestion d'un portefeuille démembré. Cette notion d'universalité permet d'envisager le portefeuille comme un ensemble de biens constitutif d'un bien unique ayant une existence autonome, distinct de chacun des biens qui le composent. Il en résulte que l'usufruitier est autorisé à gérer cette universalité, dans le cadre de son pouvoir d'administration, en cédant seul les titres mais à condition de les remplacer par d'autres. À défaut de remploi, le consentement du nu-proprétaire reste obligatoire puisque la cession ne peut s'analyser qu'en un acte de disposition. Cette liberté s'accompagne d'obligations dont l'objet est d'assurer la protection du nu-proprétaire.

24. En premier lieu, l'usufruitier est tenu d'une obligation d'information envers le nu-proprétaire qui permet à ce dernier d'obtenir à tout moment des informations sur la consistance et la valeur du portefeuille. Cela lui permet d'une part, s'agissant de la consistance du portefeuille, d'identifier les grandes classes d'actifs et ce qu'elles représentent au sein du portefeuille ainsi que de suivre la totalité des arbitrages réalisés. Cela lui permet d'autre part, s'agissant de la valeur du portefeuille, d'obtenir un état financier ligne par ligne permettant d'apprécier la performance. Dans la pratique, ces documents correspondent à ceux que communiquent les établissements financiers.

25. En second lieu, pèse sur l'usufruitier l'obligation de conserver la substance du portefeuille et de le rendre au terme de l'usufruit<sup>58</sup>. Force est de constater que cette obligation de conservation de la substance est difficile à appréhender. En effet, qu'entend-on par « substance », notion que la Cour de cassation ne définit pas ? S'agit-il d'une conservation en valeur ? Une telle solution n'est pas vraiment satisfaisante car, eu égard au laps de temps susceptible de s'écouler entre la naissance du démembrement et son terme, le simple maintien de la valeur du portefeuille implique nécessairement un appauvrissement du nu-proprétaire. S'agit-il de la conservation du portefeuille au sens matériel du terme ? Cette seconde acception semble celle retenue par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 3 décembre 2002<sup>59</sup>, distingue à plusieurs reprises la substance de la valeur. Porter une appréciation sur la conservation matérielle du portefeuille requiert d'appréhender les objectifs poursuivis lors de sa constitution afin de vérifier si la destination que lui avait donnée son propriétaire est bien respectée. En pratique, l'investisseur cherche à réaliser des revenus ou des plus-values selon un profil de risque déterminé, souvent

53 P. Sirinelli, *Le quasi-usufruit*, préc., p. 14, n° 68. - M. Grimaldi et J.-F. Roux, *La donation de valeurs mobilières avec réserves de quasi-usufruit* : *Defrénois* 1994, art. 35677, p. 17. - M. Iwanesco, *La nécessaire protection de l'héritier nu-proprétaire face au conjoint survivant quasi-usufruitier*, préc. p. 176. - R. Gentilhomme et M. Iwanesco, *L'extinction anticipée du quasi-usufruit*, préc. - M. Iwanesco et V. Cordier, *L'optimisation de la rédaction des clauses bénéficiaires* : *JCPN* 2010, n° 5, 1059, n° 44 et s. - G. Hublot, *Développements sur le quasi-usufruit : pour une plus grande vigilance* : *RFP* 2014, n° 11, étude 26, n° 15. - C. Orlhac, *La protection du nu-proprétaire dans un régime de quasi-usufruit*, préc. p. 27, n° 18 et s.

54 En pratique, on veillera à prévoir dans la convention un montant plancher en deçà duquel le montant de la créance ne pourra descendre.

55 F. Terré et P. Simler, *Les biens*, préc. n° 752.

56 M. Grimaldi et J.-F. Roux, préc., p. 3 et s. - S. Castagné, *Usufruit, quasi-usufruit : une nouvelle mise au point*, préc. p. 577 et s. - A. Boitelle, *Réflexions sur la donation entre vifs portant sur des choses non consommables avec réserve de quasi-usufruit*, préc., p. 1761 et s. - M. Vion et Th. Pleux : *Defrénois* 1994, art. 35713, p. 168. Mais la possibilité d'un quasi-usufruit conventionnel sur des valeurs mobilières ne fait pas l'unanimité (V. R. Libchaber, *Le portefeuille de valeurs mobilières : biens unique ou pluralité de biens ?* : *Defrénois* 1997, art. 36464, p. 65).

57 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1998 : D. 1999. 167, note L. Aynès ; D. 1999, n° 40, p. 633, note D. Fiorina ; *JCP* 1999. II. 10027, note S. Piedelièvre ; *JCPN* 1999. 351, note Hovasse ; *RTD* civ. 1999, 422 à 433, obs. F. Zénati.

58 C. civ., art. 578.

59 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 déc. 2002 : *JCPE* 2003, n° 43, 1511, note S. Piedelièvre.

en fonction d'intérêts fiscaux<sup>60</sup>. Dès lors, la conservation de la substance supposerait un remploi systématique dans des titres de même nature et, surtout, un strict respect du profil de gestion. Or, si un tel exercice ne pose pas de difficultés particulières en présence de marchés stables ou haussiers, il n'en est pas de même dans une situation de crise. En effet, les titres et autres produits financiers cédés pour limiter les effets de la baisse ne sont pas systématiquement réinvestis à très court terme mais plutôt conservés sous forme de liquidités en attendant une reprise des marchés. Par ailleurs, un usufruitier qui gèrerait un portefeuille dont le profil serait de type dynamique (entre 40 % et 100 % actions), peut-il en toute circonstance être tenu de maintenir une telle structuration du portefeuille ? Le bon sens le conduira souvent à investir dans des produits de taux. Il en résulte que la conservation de la substance peut, dans certaines circonstances, nécessiter un changement de destination du portefeuille. Il va de soi qu'un tel arbitrage ne pourrait être remis en question par le nu-propiétaire sur le fondement de l'abus de jouissance. Ceci étant, indépendamment des aléas du marché boursier, est-il déraisonnable de considérer que l'orientation de la gestion puisse être modifiée par un usufruitier qui n'est pas la personne à l'origine du portefeuille (hypothèse d'un portefeuille reçu en démembrement dans le cadre d'une succession) ? De même, lorsque le démembrement de propriété est issu d'une donation avec réserve d'usufruit, peut-on reprocher à l'usufruitier, anciennement plein propriétaire, de faire évoluer le profil de son portefeuille en fonction de ses besoins ? Il en résulte que si le recours à la notion d'universalité a assoupli les conditions de gestion d'un portefeuille démembré, l'incertitude qui plane sur le contenu exact de la notion de substance fait courir un risque de conflit avec le ou les nus-propiétaires, notamment en période de crise. S'ajoute à cela un traitement fiscal du nu-propiétaire peu favorable. En effet, celui-ci est taxé sur toutes les plus-values liées aux arbitrages réalisés sur le portefeuille par l'usufruitier dans le cadre de sa gestion<sup>61</sup>, alors même qu'il ne dispose d'aucune capacité contributive.

**26.** C'est pourquoi, outre le recours à la société civile à capital démembré, la pratique a continué à mettre en place des quasi-usufruits conventionnels sur les portefeuilles-titres<sup>62</sup>. L'attention doit toutefois être portée sur la **fiscalité applicable aux plus-values de cession de titres ayant fait l'objet d'une**

60 C'est ainsi que des produits de capitalisation peuvent être préférés à des investissements qui distribuent afin de limiter la perception de revenus « fiscaux » et mettre en place, notamment, des stratégies de plafonnement.

61 La doctrine administrative précise qu'en cas de remploi du prix de cession démembré dans l'acquisition d'autres titres démembrés, seul le nu-propiétaire est redevable de l'impôt sur la plus-value (BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 40 et s.). Toutefois, l'usufruitier peut être redevable de l'impôt sur option expresse et irrévocable formulée conjointement par lui-même et le nu-propiétaire auprès de l'établissement financier teneur du compte, en présence d'un portefeuille titres dont l'origine du démembrement est une succession (BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 180). Il est regrettable que l'administration fiscale n'ait pas tiré les conséquences de la portée de principe de la jurisprudence *Baylet* et qu'elle en limite les effets uniquement aux démembrements issus d'une succession. D'un point de vue purement juridique, cette position ne se justifie pas.

62 J. Le Dily, B. Pinto, A. Prevost, La transmission du portefeuille de valeurs mobilières : Gaz. Pal. 2000, n° 132, p. 25.

**donation avec réserve de quasi-usufruit.** Sauf à considérer que le quasi-usufruit fait perdurer le démembrement de propriété sur le portefeuille lui-même, la doctrine administrative relative aux plus-values sur titres démembrés n'envisage pas le cas où le quasi-usufruit est constitué lors du démembrement<sup>63</sup>. Le BOFiP envisage expressément trois hypothèses<sup>64</sup> :

- la cession conjointe avec répartition du prix de vente ou cession isolée de la nue-propiété ;
- la cession en pleine propriété de titres dont la propriété est démembrée sans répartition du prix de vente ; et
- la cession de la pleine propriété de titres après réunion de l'usufruit à la nue-propiété.

Le quasi-usufruit est, à juste titre, traité dans le cadre de la seconde hypothèse que l'administration décrit ainsi : « la cession à titre onéreux porte sur la pleine propriété des titres : le nu-propiétaire et l'usufruitier cèdent les titres démembrés et conviennent (ou ont convenu lors d'une convention antérieure) ensemble du prix de vente, qui peut être soit réemployé dans l'acquisition d'autres valeurs, droits ou titres eux-mêmes démembrés, soit attribués en totalité à l'usufruitier dans le cadre d'un quasi-usufruit »<sup>65</sup>. Ces dispositions ne visent que la situation dans laquelle le quasi-usufruit a été constitué sur le prix de cession des titres via une convention postérieure à la réalisation du démembrement. Par ailleurs, en énonçant que « le nu-propiétaire et l'usufruitier cèdent les titres démembrés » le BOFiP exclut l'hypothèse d'une cession par un quasi-usufruitier. Et pourtant, les règles de détermination prévues en présence d'une cession en pleine propriété de titres dont la propriété est démembrée sans répartition du prix de vente devraient en toute logique trouver à s'appliquer.

**27.** En effet, concernant tout d'abord le redevable de l'impôt, la doctrine administrative précise que, par principe, il s'agit du nu-propiétaire mais qu'en présence d'un quasi-usufruit stipulé sur le prix de cession, la plus-value est imposable au nom de ce dernier<sup>66</sup>. Dans notre hypothèse où c'est le quasi-usufruitier qui cède, qui récupère le prix de cession et qui, de fait, dispose de la capacité contributive, il ne fait aucun doute qu'il est seul redevable de l'impôt sur la plus-value.

**28.** S'agissant ensuite de l'assiette de l'impôt, la plus-value est égale à la différence entre le prix de cession des titres et :

- le prix d'acquisition en pleine propriété des titres ou la valeur globale retenue pour la détermination des droits de mutation à titre gratuit, lorsque ni l'usufruitier ni le nu-propiétaire n'a disposé de la pleine propriété des titres avant leur démembrement (exemple d'un démembrement issu d'une succession) ;
- le prix ou la valeur d'acquisition initiale de la pleine propriété majorée de l'accroissement de valeur du droit transmis

63 P. Julien Saint-Amand : Mémento Pratique Patrimoine 19-20, n° 3668. - Lamy Fiscal 2019, n° 5746. - *Contra* R. Gentilhomme, Démembrement de titres et plus-values sur titres sociaux : JCPN 2001, n° 29, p. 1239. L'auteur traite de l'instruction 5-C-1-01 du 13 juin 2001 dont les termes ont été repris au BOFiP.

64 BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015.

65 BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 100.

66 BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 100 et 130.

constaté entre la date d'acquisition initiale de la pleine propriété et la date de la transmission, lorsque le nu-proprétaire ou l'usufruitier a disposé de la pleine propriété des titres avant leur démembrement<sup>67</sup>.

Il en résulte que la plus-value est fiscalement « purgée » sur le droit ou les droits démembres qui ont été transmis. Or, lorsque le quasi-usufruit conventionnel a été constitué *ab initio* (au moment de la donation) sur un portefeuille appartenant, à l'origine, en pleine propriété au quasi-usufruitier, il y a bien eu transmission de la nue-proprété. Dès lors, la plus-value latente sur la valeur de la nue-proprété devrait être réintégrée au prix d'acquisition, à défaut de quoi cela reviendrait à nier purement simplement la donation.

**29.** Même si cela paraît évident, ce n'était pourtant pas la position de l'administration rendue sous l'empire d'instructions datant de 1994 applicables aux plus-values de cession de titres dont la propriété a été démembreée avant le 3 juillet 2001<sup>68</sup>. En effet, dans le cadre d'une célèbre réponse ministérielle *Dubernard*<sup>69</sup>, l'administration, interrogée sur le point de savoir qui du quasi-usufruitier ou du nu-proprétaire était redevable de l'impôt sur la plus-value en cas de cession de la pleine propriété des titres par le quasi-usufruitier, a répondu qu'il s'agissait du quasi-usufruitier. Ceci étant, elle a ajouté que la plus-value était égale « à la différence entre le prix de cession de la pleine propriété des titres et leur prix d'acquisition ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, leur valeur vénale appréciée au jour de leur entrée dans le patrimoine du cédant ». Cette position, critiquée en doctrine<sup>70</sup>, faisait fi de la transmission de la nue-proprété qui pourtant avait donné lieu à perception de droits de mutation à titre gratuit.

Est-ce à dire que l'administration tiendrait aujourd'hui le même raisonnement ? La réponse semble devoir être négative pour trois raisons.

Tout d'abord, elle n'a pas fait le choix d'intégrer cette réponse ministérielle au BOFiP, cela même pour la partie relative aux plus-values de cession de titres dont la propriété a été démembreée avant le 3 juillet 2001.

Ensuite, il existe une autre réponse ministérielle datant de 2001 laissant penser que les énonciations du BOFiP relatives aux plus-values sur titres démembres ont vocation à s'appliquer à celles réalisées par le quasi-usufruitier<sup>71</sup>. Ainsi, tirant les conséquences de la position exprimée dans la réponse *Dubernard*, à savoir qu'elle aboutissait à une double taxation à hauteur de la nue-proprété<sup>72</sup>, un parlementaire demande à l'administration sa position sur le fait de ne pas retenir le

barème de l'usufruit de l'époque<sup>73</sup> pour l'évaluation des droits démembres dans la donation avec réserve de quasi-usufruit. Cette dernière répond qu'il n'y a pas lieu de distinguer le quasi-usufruit d'un simple usufruit pour l'application du barème fiscal. Mais alors que la question porte sur les droits d'enregistrement, l'administration apporte une précision importante en matière de plus-values sur titres puisqu'elle renvoie à l'instruction du 13 juin 2001, aujourd'hui intégrée au BOFiP, considérant qu'elle a vocation à s'appliquer aux plus-values réalisées par le quasi-usufruitier. On regrettera néanmoins l'absence d'intégration de cette réponse ministérielle au BOFiP.

Enfin, le BOFiP lui-même indique que les différentes situations qu'il décrit ne sont pas exhaustives « *mais en toutes circonstances, la plus-value constatée sur un droit démembre ne peut être fiscalement "purgée" que si lors de la transmission de ce droit, elle a été retenue, soit dans l'assiette des gains de cession à titre onéreux, soit dans l'assiette des droits de mutation à titre gratuit* »<sup>74</sup>. Si la situation d'un quasi-usufruit constitué à l'occasion d'une donation n'est pas expressément visée par le BOFiP, il n'en demeure pas moins qu'elle répond à toutes ses exigences.

## B. Extinction de la dette de restitution

**30.** La question de l'extinction de la dette de restitution se pose en cas de souscription par le quasi-usufruitier d'un contrat d'assurance vie au bénéfice d'un héritier nu-proprétaire, mais également dans le cadre de l'article 751 du CGI.

### 1° Souscription d'un contrat d'assurance vie au bénéfice d'un héritier nu-proprétaire

**31.** L'hypothèse est la suivante : un conjoint survivant recueille des droits en usufruit dans la succession de son époux décédé, ce qui donne naissance à un quasi-usufruit à hauteur de la valeur des choses consommables objet de cet usufruit. Le conjoint survivant souscrit ensuite avec les fonds des contrats d'assurance vie au profit d'un héritier. Au décès du conjoint survivant, l'héritier déduit la dette de restitution née du chef du défunt en sa qualité de quasi-usufruitier. En pareille circonstance, l'administration fiscale considère que la créance de quasi-usufruit dont est titulaire l'héritier a été réglée par la souscription, par le quasi-usufruitier, du contrat d'assurance vie dont il était bénéficiaire ; l'administration estime donc que la souscription des contrats d'assurance vie constitue un moyen de règlement de la créance de quasi-usufruit, laquelle se trouve ainsi éteinte.

**32.** Dans deux décisions du 22 octobre 2015 et du 12 mai 2016<sup>75</sup>, la Cour d'appel de Douai a donné tort à l'administration en jugeant, qu'alors même qu'elles ont été utilisées pour la souscription de contrats d'assurance vie au profit de l'héritier, les sommes provenant de fonds communs dont

67 BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 110 et s.

68 Le contenu de ces instructions a été repris au BOI-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 1 à 30.

69 RM Dubernard, n° 29549 : JOAN 25 mars 1996, p. 1603.

70 F. Lucet, L'imposition des plus-values sur valeurs mobilières démembres : Dr. fisc. 1998, n° 45, étude 100370, n° 14. - B. Plagnet, P. Julien Saint-Amand, B. Debrabant, Les incidences fiscales de l'analyse juridique : de la constitution à l'extinction du quasi-usufruit : Dr. et patrimoine 1999, n° 76, p. 91.

71 RM Douai, n° 54977 : JOAN 30 juill. 2001, p. 6926.

72 Au titre des droits de mutation à titre gratuit d'une part, puis au titre de la plus-value lors de la cession des titres par le quasi-usufruitier.

73 CGI, art. 662.

74 BOI-RPPM-PVBMI-20-10-20-60, 2 juill. 2015, § 65.

75 CA Douai, 22 oct. 2015, n° 14/06805. - CA Douai, 12 mai 2016, n° 15/03664.

la défunte était usufruitière sont à l'origine d'une dette de restitution déductible de l'actif successoral. Selon les juges, le choix de la manière dont l'usufruitier utilise les fonds dont il a la disposition est indifférent quant au principe de la dette de restitution, la désignation de l'héritier comme bénéficiaire des contrats ne constituant pas un moyen de paiement anticipé de sa créance de restitution.

**33.** Ces solutions jurisprudentielles paraissent juridiquement contestables. En effet, pour qu'une dette née du chef du défunt puisse venir en déduction de l'actif successoral, encore faut-il que cette dette existe toujours au moment du décès ; ce qui suppose de vérifier qu'elle n'a pas été payée. À cet égard, il faut ici rappeler que la stipulation pour autrui, mécanisme qui est à la base du contrat d'assurance vie, est un acte neutre : la stipulation pour autrui peut être le moyen d'une libéralité consentie par le stipulant au tiers bénéficiaire, comme elle peut permettre de réaliser un paiement, à savoir l'extinction d'un rapport d'obligation préexistant unissant le stipulant et le tiers bénéficiaire. Et pour illustrer le caractère onéreux de la stipulation pour autrui, les manuels prennent généralement l'exemple de l'assurance sur la vie contractée par un débiteur au profit de son créancier<sup>76</sup>. Les juges ne pouvaient donc, et cela sans s'en expliquer, balayer d'un revers de plume l'argumentation de l'administration fiscale en retenant que la désignation de l'héritier comme bénéficiaire des contrats d'assurance vie ne pouvait pas constituer un moyen de paiement anticipé de la dette de quasi-usufruit du défunt<sup>77</sup>.

**34.** Là encore, la prudence s'impose donc tant que la Cour de cassation ne se sera pas prononcée. Sans compter que, même si l'administration fiscale n'a pas mis en œuvre la procédure de l'abus de droit dans les espèces considérées, elle pourrait le cas échéant être tentée de démontrer que le but de la souscription des contrats d'assurance vie est exclusivement<sup>78</sup>, ou, à tout le moins, principalement fiscal<sup>79</sup> en ce qu'elle permet de faire échapper des actifs aux droits de succession.

## 2° Quasi-usufruit et article 751 du CGI

**35.** Selon l'article 751 du CGI, tous biens appartenant, pour l'usufruit au défunt et pour la nue-propiété à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, ou à ses donataires ou légataires institués, ou à des personnes interposées, sont réputés faire partie, jusqu'à preuve contraire, de la succession de l'usufruitier en pleine propriété. Toutefois, la présomption ne joue pas lorsque le démembrement de propriété résulte :

- d'une donation régulière de la nue-propiété consentie plus de 3 mois avant le décès ;

<sup>76</sup> Par ex., P. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations* : LDGJ, 10<sup>e</sup> éd., n° 820.

<sup>77</sup> *Contra*, dans le présent numéro, P. Delmas Saint Hilaire, *Revisiter la clause bénéficiaire démembrée d'une assurance vie* : IP 3-2019, n° 02.2. - S. Chupin et B. Zilberstein, *Quasi-usufruit : retour sur des rectifications contestant le montant de la créance de restitution portée en passif de succession* : IP 3-2019, n° 02.5.

<sup>78</sup> LPE, art. L. 64.

<sup>79</sup> LPE, art. L. 64 A.

- d'une donation constatée dans un contrat de mariage sans condition de délai ;

- d'une succession dévolue de son vivant au défunt et à ses présomptifs héritiers et dans laquelle le premier a recueilli l'usufruit viager et les seconds la nue-propiété ;

- de dispositions testamentaires selon lesquelles l'usufruit est légué à une personne et la nue-propiété à ses présomptifs héritiers.

Par ailleurs, s'agissant d'une présomption simple, le nu-propiétaire peut l'écarter, notamment en établissant qu'il a bénéficié d'une donation régulière de somme d'argent lui ayant permis d'acquérir la nue-propiété du bien concerné, à condition que la donation des deniers soit constatée par un acte ayant date certaine, qu'elle ait été effectuée, ainsi que l'acquisition du bien, plus de 3 mois avant le décès de l'usufruitier, et que l'origine des deniers soit justifiée dans l'acte en constatant l'emploi. Lorsque la présomption joue, le nu-propiétaire est redevable des droits sur la valeur totale du bien qui était grevé de l'usufruit. Toutefois, s'il a acquis son droit de la personne du défunt (donation ou vente), il pourra imputer les droits de mutation acquittés lors de l'acquisition de son droit sur l'impôt de succession dû sur le bien.

**36.** Cette présomption de propriété de l'usufruitier a-t-elle vocation à s'appliquer au quasi-usufruitier ? Une fois de plus, la réponse va dépendre de l'analyse qui sera retenue de la nature juridique du quasi-usufruit. Pour les partisans de la thèse selon laquelle le quasi-usufruitier deviendrait propriétaire de la chose objet de son droit rendant le nu-propiétaire non plus titulaire d'un droit réel mais d'un simple droit de créance, l'article 751 du CGI ne peut trouver à s'appliquer. En effet, par principe le bien sur lequel a porté le quasi-usufruit, son équivalent ou les biens acquis en remploi de sa cession, se retrouvent déjà dans la succession du quasi-usufruitier en pleine propriété. Le nu-propiétaire, de son côté, fait valoir son droit en l'inscrivant au passif de la succession. Dès lors, seules les règles des articles 768 et 773 du CGI<sup>80</sup> auraient vocation à s'appliquer<sup>81</sup>. Pour d'autres, le quasi-usufruit reste un usufruit avec la particularité que les droits de l'usufruitier se trouvent étendus. Dans cette hypothèse, la présomption de fictivité de l'article 751 reprend ses droits. Néanmoins, celle-ci est écartée en présence d'un quasi-usufruit d'origine légal ou en présence d'un quasi-usufruit résultant d'une donation régulière de plus de 3 mois. Dans ce dernier cas, encore faut-il que le bien se retrouve en nature au décès du quasi-usufruitier<sup>82</sup>. Pour les partisans de cette thèse, l'article 751 du CGI

<sup>80</sup> V. § 38.

<sup>81</sup> J. Aulagnier, *Le quasi-usufruit rend impossible l'application de l'article 751* : Dr. et patrimoine, hors-série janv. 1995, p. 26. - M. Chauvin, *Démembrement de propriété* : Dr. et patrimoine, juill.-août 1998, p. 63. - O. Debat, *L'incidence de la subrogation réelle en matière de démembrement de propriété pour la détermination des droits de succession* : RFN 10/2008, étude 15, n° 39 et s. - G. Hublot, *Développements sur le quasi-usufruit : pour une plus grande vigilance* : RFP 11/2014, étude 26, n° 20. - V. Cornilleau et B. Dalmas, *La convention de quasi-usufruit* : APSP juill. 2015, dossier 18, n° 37.

<sup>82</sup> B. Plagnet, P. Julien-Saint Amand, B. Debrabant, *Les incidences fiscales de l'analyse juridique : de la constitution à l'extinction du quasi-usufruit* : Dr. et patrimoine 1999, n° 76, p. 97. - S. Castagné, *Usufruit, quasi-usufruit : une nouvelle mise au point, préc.*, p. 583, n° 108.

s'appliquerait en revanche lorsque le quasi-usufruit est issu d'une transformation conventionnelle d'un usufruit. Le bien démembré (ou celui issu du remploi de son prix de cession) devrait figurer à l'actif de la déclaration de la succession<sup>83</sup>. Toutefois, si la convention étendant les droits de l'usufruitier porte sur des biens pour lesquels le démembrement trouve son origine dans la loi (succession)<sup>84</sup> ou dans une donation régulière consentie depuis plus de trois mois, la présomption de fictivité devrait pouvoir être écartée. En raison des règles de la subrogation, il devrait en être de même en présence d'un quasi-usufruit stipulé sur le prix de cession de biens dont le démembrement trouve sa source dans une donation régulière de plus de trois mois.

## II. Déductibilité de la dette de restitution

37. Dès lors qu'est constatée l'existence d'une dette de restitution à la charge du quasi-usufruitier se pose la question de savoir dans quelle mesure cette dette peut venir en déduction de l'actif successoral pour la liquidation des droits de succession. Pour répondre à cette question, il convient d'envisager le principe et les modalités de déduction de la dette (A), mais également de porter attention au risque d'abus de droit, tout particulièrement au regard de l'article L. 64 A du LPF (B).

### A. Principe et modalités de déduction de la dette

38. Au décès du quasi-usufruitier, les biens objet de son droit ou ceux acquis en remplacement se retrouvent dans sa succession et sont donc compris dans l'actif taxable. Il est toutefois possible de déduire de cet actif successoral la dette de restitution découlant du quasi-usufruit. En effet, cette dette remplit toutes les conditions posées par l'article 768 du CGI : la dette est bien née avant le décès ; elle est bien née du chef du défunt puisqu'elle est née de sa qualité de quasi-usufruitier ; la dette est donc certaine et, qui plus est, exigible au jour du décès.

39. Si le principe de la déduction s'applique de façon générale à toutes les dettes de restitution nées d'un quasi-usufruit, les modalités de sa déduction dépendent de la source du quasi-usufruit, légale ou conventionnelle chaque fois que la dette a été contractée par le défunt au profit d'un héritier ; ce qui est souvent le cas en matière de quasi-usufruit. Il faut

en effet évoquer ici l'article 773, 2° du CGI qui interdit, tout en ménageant la preuve contraire, la déduction des dettes consenties par le défunt au profit de l'un de ses héritiers ou personne interposée. On comprend bien le fondement de cette règle, qui tient au risque de fictivité d'une telle dette. C'est au demeurant ce fondement qui permet de déterminer le domaine de l'interdiction de déduction, qui ne s'applique qu'aux dettes « *consenties par le défunt* » ; ainsi il ressort tant de la jurisprudence que de la doctrine administrative, que sont seules concernées les dettes d'origine conventionnelle (pour lesquelles existent un risque de fictivité), à l'exclusion donc des dettes d'origine légale (pour lesquelles il n'existe pas de risque de fictivité). À partir de là, deux hypothèses peuvent être distinguées. Lorsque la dette trouve sa source dans la loi, l'article 773, 2° ne s'applique pas et la dette est déductible dans les conditions de droit commun. En revanche, lorsque la dette trouve sa source dans une convention passée entre le défunt et l'un de ses héritiers, elle est en principe interdite de déduction, sauf si elle a été constatée par un acte authentique ou par un acte sous-seing-privé ayant acquis date certaine, l'héritier étant alors autorisé à prouver par tous moyens la sincérité et la réalité de la dette.

40. Appliqué à la dette de quasi-usufruit, il s'ensuit que, lorsque le quasi-usufruit trouve sa source dans la loi, ce qui est le cas chaque fois qu'un usufruit porte sur des biens consommables<sup>85</sup>, la dette de restitution est déductible de l'actif successoral sans que l'article 773, 2° du CGI ne trouve à s'appliquer. C'est ce qui a été admis, tant par la Cour de cassation<sup>86</sup> que par la doctrine administrative<sup>87</sup>, s'agissant de l'usufruitier d'un terrain qui, suite à une mesure d'expropriation, était devenu titulaire d'un quasi-usufruit sur le montant de l'indemnité ; ce quasi-usufruit ayant une origine légale, les enfants nus-propriétaires ont pu déduire de l'actif successoral le montant de la dette de restitution pesant sur leur mère sans que puisse être invoqué le jeu de l'article 773, 2° du CGI. Pour autant, même en l'absence d'application de ce dernier texte, il peut **être utile en pratique, dans une perspective de sécurité juridique de mettre mis en place un certain formalisme, ne serait-ce que pour attester de l'existence de la dette de l'usufruitier**. On prendra ici l'exemple du quasi-usufruit portant sur les réserves distribuées, quasi-usufruit dont la Cour de cassation estime qu'il a une origine légale et partant, qu'il ne tombe pas sous le coup de l'article 773, 2° du CGI<sup>88</sup>. Il n'en reste pas moins qu'il peut être opportun, en pratique, de se ménager une preuve de la réalité de la dette de restitution, et donc de la distribution de réserve à l'usufruitier, soit par une clause spécifique des statuts, soit par la rédaction du procès-verbal d'assemblée, sans compter l'éventuelle rédaction d'une convention de quasi-usufruit pour aménager les droits et obligations de chacun des titulaires de droits démembrés.

83 *Ibid.*

84 Il pourrait s'agir d'une convention de quasi-usufruit qui serait conclue sur un portefeuille-titres démembré suite à une succession.

85 C. civ., art. 587.

86 Cass. com., 4 déc. 1984, n° 910 S : RJF 1985, n° 1143.

87 BOI-ENR-DMTG-10-40-20-20, § 60.

88 V. dans le présent numéro G. Wicker, Démembrement des titres sociaux et quasi-usufruit sur les réserves distribuées : IP 3-2019, n° 02.3.

41. En revanche, lorsque le quasi-usufruit a une origine conventionnelle, ce qui est le cas lorsqu'il porte sur des biens non consommables par nature, par exemple des titres de société, les héritiers ne sont autorisés à rapporter la preuve de la sincérité et de la réalité de la dette contractée par le défunt que si cette dernière a été constatée par acte authentique ou par acte sous seing privé ayant acquis date certaine<sup>89</sup>.

## B. Sécurisation de la déductibilité de la dette de restitution au regard de l'abus de droit

42. Reprenant une proposition formulée par une mission d'information parlementaire sur l'évasion fiscale internationale des entreprises<sup>90</sup>, la loi de finances pour 2019 a instauré à l'article L. 64 A du LPF une nouvelle procédure d'abus de droit reposant, comme la clause anti-abus générale en matière d'impôt sur les sociétés de l'article 205 A du CGI, sur la poursuite d'un but principalement fiscal<sup>91</sup>. Cette nouvelle procédure s'applique aux rectifications notifiées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021 portant sur des actes passés ou réalisés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020. Ce nouvel abus de droit, suppose que deux conditions cumulatives soient remplies : l'acte doit avoir pour « motif principal » la recherche d'une économie fiscale, cela en « recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs ». Se pose donc la question de savoir si les stratégies patrimoniales, et spécialement celles reposant sur le quasi-usufruit, qui échappaient au grief d'abus de droit avant l'introduction de ce texte<sup>92</sup>, sont désormais susceptibles d'être remises en cause, ce qui revient à déterminer si le passage du but exclusivement fiscal au but principalement fiscal emporte un élargissement de la notion.

43. Suite aux inquiétudes qui se sont manifestées en pratique, le Ministère de l'action et des comptes publics a indiqué qu'« en ce qui concerne la crainte exprimée d'une remise en cause des démembrements de propriété, la nouvelle définition de l'abus de droit ne remet pas en cause les transmissions anticipées de patrimoine, notamment celles pour lesquelles le donateur se réserve l'usufruit du bien transmis, sous réserve bien entendu que les transmissions concernées ne soient pas fictives »<sup>93</sup>. Cette position a été exprimée à nouveau dans deux réponses ministérielles, la première concernant les transmissions avec démembrement de propriété<sup>94</sup> et la seconde la donation de biens consommables par le premier usage avec réserve de

quasi-usufruit<sup>95</sup>. Dans les deux cas, le ministre a répondu de la façon suivante « Afin de répondre aux craintes exprimées sur ce nouveau dispositif, il ne s'agit pas de restreindre le recours aux démembrements de propriété dans les opérations de transmissions anticipées de patrimoine, lesquelles sont, depuis de nombreuses années, encouragées par d'autres dispositions fiscales. À cet égard, il peut être constaté notamment que les articles 669 et 1133 du code général des impôts (CGI), qui, respectivement, fixe le barème des valeurs de l'usufruit et de la nue-propriété, d'un bien et exonère de droits la réunion de l'usufruit à la nue-propriété, n'ont pas été modifiés. Ainsi, **la nouvelle définition de l'abus de droit telle que prévue à l'article L 64 A du LPF n'est pas, en tant que telle, de nature à entraîner la remise en cause des transmissions anticipées de patrimoine et notamment celles pour lesquelles le donateur se réserve l'usufruit du bien transmis, sous réserve bien entendu que les transmissions concernées ne soient pas fictives.** L'administration appliquera, à compter de 2021, de manière mesurée cette nouvelle faculté conférée par le législateur, sans déstabiliser les stratégies patrimoniales des contribuables. Enfin, les précisions sur les modalités d'application de ce nouveau dispositif vont être prochainement apportées en concertation avec les professionnels du droit concernés ».

44. En effet, il est **juridiquement impossible d'interpréter le nouveau texte comme autorisant l'administration à remettre en cause tout acte dont l'objectif serait, pour plus de la moitié, la recherche d'une économie fiscale.** Une telle interprétation reviendrait en effet à condamner toute liberté de gestion, ce qui serait contraire aux jurisprudences constitutionnelle et européenne. Il faut d'abord rappeler que, les conditions posées par le texte étant cumulatives, l'administration devra en tout état de cause démontrer que l'acte procède d'un détournement de l'intention de l'auteur du texte, autrement dit qu'il présente un caractère abusif, ce qui ne saurait être le cas du seul fait que les préoccupations de nature fiscale représentent plus de 50 % des considérations ayant incité le contribuable à nouer l'opération.

45. Ensuite, au sens premier du terme, **principal est synonyme d'essentiel, de fondamental, de capital.** En ce sens, comme le retient la CJUE<sup>96</sup>, le but principal correspond au but essentiel. L'administration l'a au demeurant reconnu à deux reprises à l'occasion du commentaire de la clause anti-abus en matière d'impôt sur les sociétés de l'article 205 A, laquelle se réfère, comme l'article L. 64 A, au but principalement fiscal de l'opération ; l'administration relève en effet que, « dans le cas où un montage procure des avantages d'ordre à la fois économique et fiscal, mais où l'avantage d'ordre économique est très marginal par rapport à l'avantage fiscal obtenu, le motif économique est

89 F. Sauvage et F. Fruleux, L'extinction du quasi-usufruit : APSP 2015, étude 20, p. 32.

90 AN, Comm. fin., rapp. n° 1236, 12 sept. 2018. Pour une explication de cette mesure, nous renvoyons à l'article de Mme Peyrol, rapporteure de la mission, publié dans la revue *Fiscalité Internationale* (FI 1-2019, n° 9.1.1).

91 L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 109 : IP 1-2019, n° 6, § 9, comm. O. Janoray et A. Grajales ; Dr. fisc. 2019, n° 3, comm. 116, note Y. Rutschmann et P.M. Roch.

92 Par ex., en cas de donation-cession, V. § 6.

93 MACP, communiqué n° 568, 19 janv. 2019 : IP 1-2019, n° 5, § 49.

94 RM Procaccia, n° 09965 : JO Sénat 13 juin 2019 : IP 3-2019, n° 5, § 20.

95 RM Malhuret, n° 08670 : JO Sénat 27 juin 2019.

96 V. en dernier lieu, CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, et C-299/16, N. Luxembourg 1 et a : FI 2-2019, n° 5.3. – *Adde* Dr. fisc. 2019, n° 21, comm. 275, note N. De Boynes ; H. Christophe, G. Exerjean et G. Rembry, Droit de l'Union européenne - Mise en perspective du concept de bénéficiaire effectif à la lumière de la décision N. Luxembourg 1 et a. : Dr. fisc., 2019, n° 21, act. 248.

susceptible d'être considéré comme non valable »<sup>97</sup> ; « ainsi, pour apprécier si une opération relève des dispositions de l'article 205 A du CGI, il convient de rechercher si, dans la mesure où elle n'est pas mise en place pour des motifs commerciaux valables, l'obtention d'un avantage fiscal constitue la finalité essentielle de l'opération »<sup>98</sup>. Or l'article L. 64 A a été présenté au moment de la discussion de la loi de finances pour 2019 comme généralisant à tous les impôts un dispositif applicable au seul impôt sur les sociétés, ce qui signifie que ce qui vaut pour l'un vaut de la même façon pour l'autre. Certes, l'administration relève également que « la notion d'objectif principal est plus large que la notion de but exclusivement fiscal au sens de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales »<sup>99</sup>, ce qui est vrai si l'on estime que la poursuite d'un but exclusivement fiscal suppose que la totalité des motivations du contribuable soit de nature fiscale. Or telle n'est pas la position du Conseil d'État qui retient à juste titre que le contribuable ne peut se prévaloir d'un avantage autre que fiscal, même réel, s'il est « minime », « négligeable », autrement dit « sans commune mesure avec l'économie fiscale réalisée »<sup>100</sup>. Ainsi interprétée, la notion de but exclusivement fiscal est moins éloignée qu'il pourrait y paraître à première vue de la notion de but principalement fiscal, et donc de but essentiellement fiscal. **Les solutions actuelles ne devraient donc pas être fondamentalement modifiées** : les montages qui ne sont pas abusifs sous l'empire de l'article L. 64 ne le seront sans doute pas davantage sous l'empire de l'article L. 64 A. Mais la réciproque est tout aussi vraie : les montages qui peuvent aujourd'hui apparaître porteurs d'un important risque fiscal au regard de l'abus de droit le seront tout autant demain.

## Conclusion

**46.** Il ressort de cette étude que certaines limites et précautions qui s'imposent dans l'utilisation du quasi-usufruit trouvent leur cause dans l'appréhension civile du mécanisme. Ce qui au demeurant est souvent le cas en matière fiscale où la difficulté tient généralement à l'analyse juridique en amont

de l'opération litigieuse et, plus précisément ici, à la nature juridique du quasi-usufruit. La transformation du droit réel d'usufruit en une simple créance de restitution au bénéfice du nu-propiétaire change-t-elle ou non la nature de l'usufruit originel ? L'emploi de fonds par le quasi-usufruitier dans la souscription de contrats d'assurance vie hors succession au profit des héritiers laisse-t-il perdurer la créance de restitution ? Autant de questions auxquelles la réponse apportée actuellement par les juges n'est pas totalement satisfaisante. Ce qui fait autant de raisons d'estimer que la réponse apportée par la jurisprudence n'est peut-être pas définitivement stabilisée, ce qui ne peut qu'inciter à la prudence et à la modération.

**47.** Par ailleurs, chaque fois que le quasi-usufruit trouve son origine dans une donation, d'autres limites et précautions tiennent à la nécessaire préservation de la paix des familles et à la protection du nu-propiétaire contre le despotisme du donateur. Force est en effet de constater que la réserve d'usufruit traditionnelle s'avèrerait bien souvent suffisante pour satisfaire le besoin de revenus complémentaires de l'usufruitier. Comme cela a été justement relevé, la stipulation d'un quasi-usufruit « peut parfois témoigner d'une volonté au mieux despotique du donateur de vouloir tout contrôler, tout appréhender, pour ne finalement ressentir les effets patrimoniaux de sa donation qu'au jour du règlement de la créance de restitution, donc de son décès. Dans ces circonstances, le praticien sera avisé de sonder les intentions réelles du donateur et parfois de l'inviter à s'abstenir de donner »<sup>101</sup>. Car, outre les considérations tenant à la paix des familles et à l'équilibre des droits du quasi-usufruitier et du nu-propiétaire, les faits sont têtus et le réel reprend bien souvent ses droits : si le donateur recourt à une convention de quasi-usufruit parce qu'au fond il n'a nullement l'intention de se dépouiller irrévocablement, le risque existe bel et bien, sur le plan fiscal, que la donation soit finalement un jour regardée comme fictive. Aussi bien la prudence la plus élémentaire impose-t-elle en pareilles circonstances de constituer des garanties, d'indexer la créance de restitution ou encore de prévoir les modalités de l'information du nu-propiétaire quant aux réinvestissements effectués, ce qui ne peut que renforcer la preuve de l'intention libérale.

F. DEBOISSY ET S. QUILICI ■

97 BOI-IS-BASE-70, 3 juill. 2019, § 60 : IP 3-2019, n° 6, § 6.

98 *Ibidem*, § 50.

99 *Ibid.*, § 20.

100 CE, 17 juill. 2013, n° 352989, Garnier Choiseul holding : Dr. fisc. 2013, n° 41, comm. 477, concl. F. Aladjidi, note F. Deboissy et G. Wicker.

101 F. Luzu, Donation pré-cession de titres démembrés, préc.